

くに第1, 2章を参照)。

かつては「運命」に委ねられていた局面に対して医療的な介入が可能になった現在において、「運命」に代わるものとしての「倫理」的決断が求められる場合には、私たち患者およびその家族と医療チームとの間で、医療者側が説明をし、患者側が質問をし、これに医療側が再度説明し、さらに患者側が質問を繰り返すというプロセスを経て、患者および家族にとって最善と思われる結論を見つけ出してゆくという「話し合いによる共同決定」を行うしかない、それが「対話的正義」ではないかと私は考えます。そのためには、まず第一に、このような「対話」のプロセスを実現可能にするための質問しやすい医療環境を準備したうえで(他の患者もいる病室や看護室の片隅、いかめしい医療機器が置かれた診察室などではない場所を準備して)、第二に、医療に関する情報を十分にもたず、そのような情報を十分に理解する能力も有しない患者や家族にもわかりやすい説明のためのリテラシーを医療者が身につける努力をしたうえで、わかりやすい説明をすることが求められるとともに、第三に、患者や家族の側にも「賢い患者」になる努力、決定のために必要な情報を導き出すための質問力が求められているのだと思います。

私は、北里大学病院のバス停の向かいにあった有隣堂書店の片隅で、分厚い医学専門書をしゃがみ込んで一心に読んでいた若いお母さんの後ろ姿が忘れられません。

家永報告との対話

二本柳高信(専修大学法学部准教授／憲法)

専修大学法学部で憲法を教えている二本柳と申します。主に社会的な決定をする際の適切な手続とはどのようなものかという問題関心から研究しています。というわけで医事法に関して詳しくないのですが、今回の家永先生のご報告の中心にある自己決定は、憲法学でも、教科書に必ず出てくる重要な概念です。そこでまず、憲法学における自己決定について手短かに述べた後、医事法の門外漢の立場から、家永先生に三点ほど、質問させていただきます。

暉峻先生の最初のご講演の中でも「自己決定権と自律」ということが戦後の民主化との関係で出されていましたが、憲法学においても重要な概念です。もっとも、昔の

教科書には「自己決定権」という言葉は出てきませんでした。来場者の方の年齢を拝見すると、私よりかなり年上の方が多いようにお見受けしますが、そういう方々が学ばれた頃には、まだこの言葉は使われていなかったかもしれません。この「自己決定権」という用語は、おそらく1980～90年代以降に教科書レベルにも使われるようになってきたものと思われます。なぜそうやってきたのか、と言いますと、本日の家永先生のご報告が前提としている状況がまさ



対話者：二本柳高信准教授

にそうだと思いますが、これまでになかったような高度な技術が生み出されたり、経済社会が複雑化したりするのに伴って、従来の人権概念だけではカバー出来ない事柄が出てきた、ということが大きな背景としてあります。ただ、従前から憲法が保障している人権、例えば職業選択の自由だとか信教の自由だとかも、よくよく考えてみると、みな自己決定の話でありまして、自分がどのように生きていくのかは自分が決めるという思想が憲法の根底にあると言ってよいでしょう。日本国憲法はその13条で「生命、自由及び幸福追求」に対する国民の権利を保障していますが、この幸福追求に対する国民の権利のところに自己決定権をも含ませて解するのが一般的です。本人にとっての幸福とは何かということについては、他人が決めるのではなくて、本人が決めるのだ、ということですね。なお、憲法は決して幸福「である」権利を保障しているのではなく、幸福を「追求する」権利を保障している、この点は非常に重要であると思います。さて、今日の憲法学の教科書を見ますと、「個人が自己の生き方に関わる重要な事項について、公権力から干渉されることなく、決定できる権利」が自己決定権として挙げられていて、具体的にはそれは次のように分類されたりしています。一つ目は輸血拒否とか安楽死の問題など、自己の生命や身体に関わる事柄。二つ目は家族あるいは親密な人的結合に関わる事柄。これは例えば家族を持つとか持たないとかいうことです。三つ目が生殖に関わる事柄。アメリカなどでは中絶が最も大きな問題になっています。四つ目はライフスタイルに関わる事柄。これには色んなものが含まれます。これについては様々な意見のあるところでして、危険なスポーツをする自由があるのかとか、あるいは服装についてはどうかといったことで論じられることがあ

るかと思います。今、四つに分けましたけれども、このうちの一と三はまさに医療に関わる事柄ですので、その意味でも今回の家永先生のご報告は、憲法学の立場からも非常に重要な問題提起であるといえます。

以上、憲法学の立場からごく簡単に自己決定権の定義について説明申し上げました。家永先生の問題提起を突き詰めると「人間は自己決定出来るのか」ということかと思いますが、これは医療問題に限定してのお話と理解してよいのか、それとももっと広い射程をもったお話なのかというところが重要かと思います。憲法学においても、自己決定権ということがいわれる場合には、自分のことは自分で決めることが出来る「強い個人」を想定していて、現実にはそうでない人、そういう自己決定を出来ない人を無視ないし軽視しているのではないかという批判は根強くあります。このような批判が出てくる背景に何があるか。先ほどの暉峻先生のご講演の中でも出てきましたように、自己決定ということとは別に、小泉政権以来の新自由主義的な風潮が自己責任ということを盛んに言い始めた。その自己責任とこの自己決定とが結び付いていく、そのことによって社会的弱者の切り捨てを正当化していく、そういう傾向に対する警戒と批判があるように思います。ただ、憲法学で自己決定権という場合には、先ほどの定義においても述べたのですけれども、公権力による規制との関係でまずは論じられるものです。例えば職業選択の自由なども、近代以前にあっては士農工商の身分制度があって、それが無い状態こそが憲法学にとっては何よりも眼目でした。アメリカの場合ですと、例えば中絶の規制の問題があります。これについて保守はその規制を強く主張していて、リベラルはそれに反対するということで、深い断絶をアメリカ社会に齎しておりますけれども、法律でそれを禁止するかどうかということは憲法上の争点になります。翻って日本の場合には、中絶の規制はあるにしても緩やかでして、憲法問題にはなりにくい。本日の家永先生のご報告にあった医療過誤問題などもそういう側面があり、そのまま直ちに権力行使の問題にはならないので、憲法学の議論にはなかなか乗って来にくいところがあります。ただ、急いで付け加えなくてはいけないのは、弱者に対する一定の配慮やそのための条件整備は憲法上どうでもいいことなのかということ、そうではないということです。日本国憲法は社会福祉や労働政策などについて25条や27条に明文の規定があります。しかし、具体的に社会福祉や労働政策をどのように実施していくのかとなりますと、実際には何が正解の政策なのかはなかなか分かりませんので、憲法としては、議会制民主主義という仕組みを定めて、具体的な施策についてはそのプロセスの中で決めて下さいという、そういう立場をとって

いるのだと私は理解しております。ということで、家永先生が、自己決定権を最優先にする医事法学に対する批判をされたのが今日のご報告だと思うのですが、それは憲法学での自己決定権論と必ずしもダイレクトに繋がるわけではないようにも思われます。とはいえ、いかなる人間像を前提とするかという点で、深いところで関連する問題提起だと受け止めました。

最後に、家永先生に三点、ご質問申し上げて、対話者としての責務を果たしたいと思います。まず第一点。対話については、時間が足りなかったために十分に言及されなかったのではないかと思います。対話というのは暉峻先生のご講演にもありましたように、もともと対等な当事者間で行われることが前提だと思われれます。それに対して先生が問題にされているような医療における非対称性のある状況、とりわけ新生児であるとか終末期のことを考えた場合に、そこでの対話の意義とはいったい何なのか、ということです。一般的に言って、手続の意義は憲法の領域でも説かれますし、先ほどの稲垣先生のお話にもあったと思います。ただ、手続が大事だといわれる場合、それが何故大事なのかというと、二通りの考え方があります。一つ目の考え方は、正しい手続を踏むことによって正しい結論に到達することが出来る、或いはその可能性が高まる、ということ。手続をあくまでも正しい結論に到達するための手段として考える立場です。もう一つは、適正な手続を踏むことそれ自体に意味があるという考え方です。例えば刑事裁判でいえば、実際に罪を犯した人がいたとして、それにいい加減な手続でもって「有罪になりました」とした場合、その結論が妥当であればそれでいいのかというと、そうではないだろう。適正な手続の下で裁かれるということが、その人をモノではなくて人間として取り扱っていることの証しになる。だから、そうした適正手続を踏むこと自体に意義があるのだと考える、そういう立場があります。先生が、とりわけ新生児のケースなどにおいて医療者と患者もしくは患者の家族との間の対話が必要だとお考えになる根拠は、つきつめていくとどちらの立場になるのか、ということ、これが第一点のご質問です。

二つ目は特に新生児医療とか終末期医療とかに絞った問題になるのですが、確かにどういう医療をするのか——それをしないという選択も含めて——決定をしなければならぬ状況において、どれが正しい決定であるかが分かっているならば、そうすればいいわけですが、それが分からない状況ではどうしたらいいのか。先生のお話では患者家族と医療者との共同決定のようなものを考えておられるのだろうと思います。常識的にはそうだろうなとは思いますが、なぜそうなのかということについては、少し

その正当化理由が気になるところであります。一つの考え方は、あくまでの患者本人の最善の利益を実現するために、本人の意思が分からない状況では他の家族なり医療者なりがそれを行う、という説明の仕方で正当化出来るとするものです。もう一つの考え方は、そもそも患者の家族や医療者自身に固有の権利なり法的な利益があって、それで新生児医療などの場において患者家族と医療者との共同決定が正当化されるというものです。先生はこのどちらの立場なのか、お聞きしたいと思います。

最後に、第二の点とも関わるのですが、利益相反の問題、つまり、誰かが誰かの代わりに何らかの行為をした場合に、本人ではなくその代理人自身の利益を優先させてしまうのではないかと、という懸念です。民主主義の問題でいえば、例えば選挙民の利益ではなく議員本人の利益のために権力を行使してしまうことがあり、憲法はそれを防ぐための幾つかの仕組みを設けています。先生が本日取り上げられたケースにおいて、医療者にも患者の家族にも固有の利益がありますが、それが現われてくることはあるのか、また現われてきた場合にそれに対処するのか、という点について、先生のお考えを聞かせて頂ければと思います。以上です。(拍手)

家永：まず、ご指摘のあった一点目です。実質的な正義が何であるかということを医療の場面、例えば延命治療の継続か中止かを決める場面で明確かつ一義的に示すことはできないと思います。刑事裁判であれば被告人が真犯人であるか否かについての「正しい答え」や「真実」はありますが、終末期医療では、延命治療を継続することが「生命の尊重」なのか、治療を中止して自然の成り行きに委ねることが「生命の尊重」なのかについての正しい答えは存在しない。そのような場面では、「正義」が何を要求するかを明示することは不可能なので、患者に判断能力がない場合には、その家族などと医療者が十分に話をし、両者の納得が得られればそれで進めて行くことしかできないのではないのでしょうか。実質的な正義を探求することによって「正しい」結論を導くことができない以上、せめて結論に至るプロセスにおいて十分な対話をしてほしい。患者の家族——なお、終末期医療における患者の「家族」とは法的な家族ではなく、終末期の患者に寄り添う最も身近の者という意味です——が事情をすべて知ったうえで延命治療を拒否するのであれば、その結論もやむを得ないだろう、そういう手続的正義で納得せざるを得ないだろう、と考えます。

二点目の「患者の最善の利益」とか「患者の推定的意思」という議論は、私は非常に胡散臭いと思っています。医師であれ家族であれ、生身の判断者が、あたかも神様になったかのような目線で、治療の継続が患者の「最善」の利益であるとか、治療を中止することが患者の「最善」の利益であると語ることに胡散臭さを感じるのです。むしろそれよりは、決断した人

が誰であるか——患者の配偶者であるか、親であるか、子であるか等々——を明確にする、「私の判断でこの結論に至った」ということを明確にした方が望ましいし、その方が責任のある判断がなされるのではないかと思います。「患者の最善の利益からはこの結論が導かれる」とか、「患者本人に現時点で判断能力があったならば、きっとこう判断しただろう」というのは、「決断したのは他ならぬこの私である」という事実から目を背ける言い訳のような気がしてならないのです。そういう意味では決定した「家族」の固有の決定権ということになるのでしょうか。

三点目の「利益相反」については二本柳さんが仰られたとおりです。例えば、本人は末期状態になったときにはチューブに繋がれてまで生き続けたいとは思っていなかったとしても、生きている間は年金を受給できるからという動機で、配偶者が延命治療を選択してしまうかもしれない。シンポジウム前の打ち合わせの席でこのエピソードを話したら、二本柳さんから「それだったら離婚という選択肢もあるではないですか」と言われたのですが(笑)、延命治療の可否に関する意見の対立が原因で離婚を申し立てたという夫婦の事例が裁判所や世間で見当たらないところを見ると、もしそのような状況になったときには配偶者や子どもたちに任せるしかない、チューブに繋がれたとしてもやむを得ないと多くの人は考えているのではないのでしょうか。はたから見れば「利益相反」かもしれないけれど、それを利益の対立とは考えないのが家族ではないかと思うのです。

二本柳：一点だけ追加で質問させてください。公務員が権限を行使する際には、少なくとも建前としては、「それは公共の福祉のためです」というふうには言えなくてはなりません。自分の私的な利益のために権限を行使することは出来ません。私が二点目として伺ったのは、その決定をする時に、もとより心の中のことは分からないわけですが、「これは患者の利益になる」と思って決定すべきだという何らかの義務を想定するのか、それとも「もうそんなことは考えなくてもいい」、つまり患者本人の最善の利益とかを考えずに別の考慮事由でもって決定していいのか、ということをお伺いしたのです。しかし、先ほどのお答えからすると、「もうそういうことはいい」(笑)と、患者本人の最善の利益ということは考えなくてよいのだという理解で宜しいのでしょうか。

家永：二点目のほうを先にお答えしますと、先ほどのチューブに繋ぐか否かの場合には、年金受給が動機となって延命治療を選択されてしまっても、私はどうしようもないと思っています(笑)。表面きは「年金のために」といいつつ、実際はもっと長く生きてほしいという思いも潜んでいるかもしれません。ただ、一般論としては家族の固有権だとしても、何の制約もなく家族が自由に自分たちの利益のために決定してよいということにはならないと思います。年金受給だけを目的にして延命治療を選択することはできない。本当は「患者の利益」の範囲内で、と喉まで出かかっているのですけど。しかし、それでもやはり、それは「家族」

の決定であって、患者の決定ではないと思います。

一点目ですが、報告の中で、治療を行えば生存の可能性はある新生児の場合に、家族が「連れて帰って家で看取りたい」というケースに言及しました。そのような場合に、児童相談所に医療ネグレクトとして通告したり、親権の濫用として家庭裁判所に親権の喪失や一時停止の申立てをするべきであると主張する生命尊重派の医師や看護師、法律家もおられる。しかし私は個人的には、裁判官——中には、前の飯さんの報告にもあったように「何を言っても壁に向かって話しているようだった」と言われるような裁判官もいるでしょう——と、日々の医療現場で直接患者やその家族に対応している医療者とを比べた時に、いったいどちらがより患者や患者の家族にとって望ましい判断をするかという点、私は、裁判所や児童相談所の方が必ずよい判断をするとは思えないのです。その点でも、患者家族と医療者の間で十分な話し合いをしたうえでの決定は、国家権力——児童相談所の行政権、警察・検察の捜査、裁判所の裁判権の対象にすべきではないと考えています。二本柳さんとの「対話」になっていない感じもしますが、すれ違っているのでしょうか(笑)。

二本柳：いえ。ありがとうございました(笑)。

渡邊：家永先生、二本柳先生、ありがとうございました。(拍手)

以上で個別企画の第一、第二、第三セッションを全て終了致しました。